



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

**Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/co/>

**Usted es libre de:**



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

**Bajo las condiciones siguientes:**



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



**Sin Obras Derivadas** — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

## EL LÍMITE DE RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA EMPLEADORA EN LA TERCERIZACIÓN LABORAL

### THE LIMIT OF RESPONSIBILITY OF THE EMPLOYER IN OUTSOURCING LABOR

Autor: Jackeline Otálvaro Pérez<sup>1</sup>

Universidad Católica de Colombia

#### RESUMEN

El siguiente texto trata sobre el límite de responsabilidad del empleador en la tercerización laboral, siendo estos: la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria. En el desarrollo de un Estado que propende por la igualdad real y efectiva, que reconoce los derechos sociales y democráticos pero que a su vez se rige por la norma como lo es el Colombiano, nace la preocupación por la seguridad social de sus gobernados, y más aún en un ámbito de desigualdad, como lo es el Derecho Laboral sumergido en el auge de las nuevas tecnologías, es importante establecer el límite de responsabilidad civil-laboral de la partes que intervienen en una de las relaciones contractuales más comunes del mundo moderno, como es en el de la tercerización laboral. Basados en los postulados de la responsabilidad civil extra y contractual, en la premisa de obligación de reparación del daño.

Palabras clave: Colombia, Responsabilidad contractual, Responsabilidad extracontractual, Accidente de trabajo, Riesgos laborales, Culpa del empleador, Tercerización laboral.

#### ABSTRACT

---

<sup>1</sup> Estudiante de último año de derecho de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: [jotalvaro96@ucatolica.edu.co](mailto:jotalvaro96@ucatolica.edu.co). Artículo de investigación realizado para obtener el título de Abogada, bajo la dirección del Dr. Santiago Arboleda Perdomo, docente de la Universidad Católica de Colombia, correo electrónico [sarboleda@ucatolica.edu.co](mailto:sarboleda@ucatolica.edu.co)

The following text is about the employer's limit of responsibility in labor outsourcing, these being: the temporary services company and the user company. In the development of a State that depends on real and effective equality, which recognizes social and democratic rights but which is also governed by the norm such as the Colombian, the concern for the social security of its governed is born, and even more so in an area of inequality, such as Labor Law immersed in the rise of new technologies, it is important to establish the limit of civil-labor responsibility of the parties involved in one of the most common contractual relationships in the modern world, as it is in labor outsourcing. Based on the postulates of extra and contractual civil liability, on the premise of the obligation to repair the damage.

Key words: Colombia, Contract responsibility, Non-contractual liability, Work accident, Occupational risks, Employer fault, Outsourcing labor.

SUMARIO: Introducción. I. La teoría del daño. 1. Responsabilidad contractual. 2. Responsabilidad extracontractual. 3. El daño como elemento de la responsabilidad civil. II. Causales de exoneración de responsabilidad. 1. Fuerza mayor o caso fortuito. III. Diferencia entre la responsabilidad civil y la seguridad social. IV. Culpa en la tercerización laboral. 1. Prevención del daño. V. Desarrollo de la culpa en el ordenamiento jurídico colombiano. 1. Antes de la Constitución Política de 1991. 2. Después de la Constitución Política de 1991. VI. La tercerización laboral. 1. La tercerización de bienes y servicios. 2. La tercerización de trabajadores. 3. Empresas de servicios temporales y su responsabilidad en materia laboral. 4. Empresas usuarias o beneficiarias y su responsabilidad en materia laboral. Conclusiones. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

El propósito general de la presente investigación es establecer si hay responsabilidad civil-laboral de la empresa de Servicios Temporales, que es el verdadero empleador del trabajador en misión, cuando ejerce la subordinación jurídica laboral por ser el usuario del servicio personal del trabajador. Determinando los tipos de responsabilidades que operan frente a un

riesgo común y un riesgo laboral que se presume culpa del beneficiario, si hay lugar a reparar el daño e indemnizar los perjuicios y sus clases, ya sea por acción u omisión, y más aún en el ámbito laboral, cuando se habla de una obligación del empleador de prevenir el riesgo, junto con el proteccionismo del Estado para garantizar el bienestar de los trabajadores.

Se comprobará que hay una aplicación mixta de los supuestos de responsabilidad civil y laboral de seguridad social frente a todas las partes contractuales (beneficiario de una empresa de Servicios Temporales y empresa usuaria y trabajador).

La investigación plasmada en este documento es del tipo socio jurídica y hermenéutica propositiva, cuya metodología se llevará a cabo realizando un análisis de la doctrina relevante al tema de investigación, la cual se abordará y estudiará de manera general, para luego relacionarlas de forma deductiva, puntualmente sobre el límite de responsabilidad de la empresa empleadora en la tercerización laboral.

Partiendo de la base que en el ordenamiento jurídico colombiano en el marco de Estado Social de Derecho basado en la dignidad humana, y las características intrínsecas del contrato laboral, en las que el trabajador está en una situación de desigualdad frente al empleador y en el desarrollo de su actividad como trabajador al servicio del beneficiario, requiriendo protección. Por tal razón, el Estado estableció las garantías para que se pueda cumplir con el objeto contractual, sin poner en peligro la vida y seguridad del trabajador, y para ello se tiene las prestaciones a cargo del Estado a través la seguridad social, así mismo, impuso a cargo del empleador prevenir los riesgos laborales.

No obstante, conforme a la globalización y la evolución de la era digital con las nuevas tecnologías y las redes sociales las relaciones laborales han cambiado en diferentes aspectos, siendo más común la tercerización o también llamada intermediación laboral por motivos de eficacia y productividad, pero en esta forma de contratación laboral es necesario establecer el límite de responsabilidad, cuando de alguna manera se habla de más de un

empleador indirectamente, porque en ocasiones es usada de una manera inadecuada, dada sus ventajas.

La participación de este tipo de contratos dentro del empleo total sigue siendo muy elevada, la Asociación de Gestión Humana Bogotá y Cundinamarca (2017) determinó: “en 2013, el 9% de los empleados con contrato escrito habían trabajado para una empresa de servicios temporales, en comparación con una proporción menor al 3% observada en los países de la OCDE” (p.6).

La naturaleza de la responsabilidad del empleador en el outsourcing está basada en los presupuestos de la responsabilidad civil, por ende, se debe establecer si se puede aplicar la responsabilidad contractual, extracontractual o ambas, de la empresa de servicios temporales frente a su trabajador y extracontractual, del beneficiario o usuario frente al trabajador, quien le presta el servicio personal. Teoría que nacería de acuerdo con los postulados de la Constitución Política del 1991, pero que la norma taxativamente no lo contempla debido a que en la anterior Carta Política no estaba debidamente tipificado.

Esta investigación, parte de la base de la regulación actual que se tiene sobre la culpa del empleador, la cual, se encuentra regulada por el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo. Sin embargo, en el caso de la tercerización laboral nos encontramos en un vacío normativo frente al régimen de responsabilidad aplicable de manera exacta, puesto que fundamentándose en los principios de la responsabilidad civil (base de toda la responsabilidad en el derecho) y características del Estado Colombiano proteccionista, se podría aplicar la contractual entre el trabajador y la empresa de Servicios Temporales, y la extracontractual entre el trabajador en misión y la empresa beneficiaria o usuaria. Sin embargo, la norma señalada establece que la culpa debe ser suficientemente comprobada, lo que conlleva que antes de la Constitución Política de 1991 el trabajador debía demostrar la culpa suficiente, mientras que ahora, esta es presunta y la carga de la prueba está en cabeza de la empresa usuaria, quien tiene la relación directa con el trabajador, pues es quien está obligada a suministrarle al empleado los elementos para desarrollar su trabajo y garantizar

su protección, previniendo el riesgo en cumplimiento del programa correspondiente al Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, demostrando la existencia de alguno de los eximentes de responsabilidad. “Todos los contratos en el derecho colombiano estarían cimentados en la culpa, e inclusive, dicha culpa debe graduarse en grave, leve o levísima según el grado de utilidad que el contrato le reporte a cada una de las partes ”(Tamayo, 2007, p. 56).

Por otra parte, la empresa beneficiaria o usuaria solo tiene un vínculo contractual con la empresa de servicios temporales, para pagarle la remuneración del trabajador en misión con el fin de que cumpla el objeto contractual, el cual, es enviado por el verdadero empleador, que es la empresa de servicios temporales, siendo que el trabajador en misión sin tener vínculo jurídico con la empresa beneficiaria o usuaria, quedará sometido a la subordinación y a la prestación del servicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, la base de la investigación será el estudio de posturas y conceptos de la teoría de la teoría del daño, el bien sobre el cual recae la acción dañosa recibe el nombre de bien lesionado.

El menoscabo patrimonial o moral que se derive de la lesión de ese bien, se denomina daño o perjuicio en sentido genérico. Por el contrario, debemos denominar como daño en sentido civil, al menoscabo que sufre la víctima, en sus facultades jurídicas para obtener ese beneficio patrimonial o moral que se deriva de una cosa, de una persona, o de la propia integridad profesional. (Tamayo, 1983, p. 39).

Generado por una responsabilidad de carácter contractual y extracontractual. Los eximentes de responsabilidad en los regímenes de responsabilidad objetivo y subjetivo para adentrarse en la culpa laboral dada la condición de subordinación en que el trabajador se encuentra respecto del empleador en la relación de trabajo, “y dada la utilidad que el trabajo del obrero le reporta al empleador, éste responde por los daños que el trabajador sufra por causa o con ocasión del servicio que presta” (Campos Rivera, 2012, p. 391).

La culpa que es “la voluntad de realizar un acto que es contrario a la ley, sin tener conciencia de esa contrariedad, conciencia que, por lo demás se habría podido adquirir usando mayor diligencia para reflexionar sobre las consecuencias de la propia acción” (Ayala, 2005). Por ende, la teoría del riesgo en la responsabilidad civil, tiene consecuencias para que la culpa sea menos probable como la Seguridad Social. “La prevención del daño del empleador que abarca toda la gama de las ocurrencias propias de los accidentes y de las enfermedades” (Campos Rivera, 2012, p. 391). Abarcando el desarrollo de la culpa en el ordenamiento jurídico colombiano, antes de la Constitución Política de 1991, la cual era entendida como “el deber patronal de velar por la seguridad y la integridad de la vida de los trabajadores” (Charry, 1979, p. 430). Pero con aplicación directa del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, con una culpa subjetiva, es decir que, quien alega el daño debe probarlo. Comparándolo con el avance después de la Constitución Política de 1991, en la que la concepción cambia, habiendo una presunción de culpa por parte del empleador, y por ende, una inversión de la carga de la prueba. Adicional a que el Estado garantista definió el Sistema General de Riesgos Profesionales. Hacen parte de dicho régimen las disposiciones vigentes en materia de salud ocupacional, relacionadas con la prevención de accidentes enfermedades profesionales, por lo cual debe resaltarse dicho componente como “parte esencial del subsistema de protección contra riesgos del trabajo en Colombia, la seguridad social procura prevenir y asegurar” (Cortés González, 2009, p. 297). Por último, centrar la tercerización laboral.

La delegación a terceros de aquellas áreas que no se tienen como centrales o claves para un determinado negocio, de manera que las compañías se dediquen fundamentalmente a lo que constituye su objeto social, y no se distraigan en actividades complementarias del mismo (Pérez García, 2009, p. 189).

Sus clases y sus componentes: las empresas de servicios temporales, las empresas usuarias y los trabajadores en misión frente a los postulados de la Constitución Política Colombiana de 1991, en el ordenamiento jurídico.

Todo lo anterior, haciendo una revisión histórica del concepto de tercerización laboral, y su evolución hasta llegar a la época moderna en la que las formas de contratación laboral, sin duda alguna constituyen un punto de especial importancia para abordar la investigación y preguntarse ¿Cuál es el límite y clase de responsabilidad civil en materia laboral, junto con el factor del riesgo en relación con la empresa beneficiaria o usuaria de los servicios del trabajador?, protagonista de esta investigación.

Conforme a lo anteriormente expuesto, la teoría del riesgo en la responsabilidad civil-laboral cuando hay tercerización, será abordada desde sus definiciones, conceptos de sus elementos en la doctrina y el análisis jurisprudencial de los mismos, buscando cohesionarlos para apoyar la necesidad que tiene Colombia de la correcta interpretación de la misma en este régimen.

## I. LA TEORÍA DEL DAÑO

Para hablar de la teoría del daño es necesario remitirse a los presupuestos de la responsabilidad civil respecto a la obligación de reparar cuando se causa un daño. Es entonces la responsabilidad civil “la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros” (Tamayo, 2007, p.8). Dicho incumplimiento se genera en alguna de las fuentes de las obligaciones: contratos, cuasicontratos, delito y la ley.

“La responsabilidad en el contexto jurídico describe como una obligación que tiene como sentido la reparación y satisfacción por parte del causante o un tercero obligado” (Bonivento, 2009, p. 599). Como institución del orden público y jurídico de la sociedad, conlleva intrínseca que sea la reparación del daño sea una imposición.



Determinando el daño, la víctima puede acordar con el sujeto responsable el monto o valor de la reparación, pero no pueden negociar sobre los elementos que estructuran esa responsabilidad, para desconocer alguno de ellos, o para exonerarse de la obligación de resarcir antes de que el daño sea causado; con posterioridad si puede hacerlo, pues se trata de la reparación de derechos patrimoniales sobre los que se puede válidamente renunciar (Valencia & Ortiz, 2014, p. 35)

### 1. Responsabilidad contractual.

Es la responsabilidad que nace de un vínculo contractual y se origina en el incumplimiento de dicha relación, siendo este el daño. Puede clasificarse según: el origen del daño, la carga de la prueba de la culpa y la exoneración del deudor.

En este caso, lo más importante es establecer el criterio de imputación, que es la culpa, pues es una responsabilidad subjetiva, basada en esta, y en la que hay una graduación de culpas, ya sea por acción u omisión. Teniendo que demostrar para su no configuración que se actuó con prudencia, diligencia, cumpliendo los requisitos de la norma, protocolos y demás, dependiendo del caso.

### 2. Responsabilidad extracontractual

Contrario a la contractual, es la responsabilidad que se origina en cualquier “comportamiento ilícito que no se derive de la inexecución de un contrato válidamente celebrado entre el demandante y el demandado, si se le ha causado daño a un tercero” (Tamayo, 2007, p.575). Sus clases son: responsabilidad por el hecho propio (personal o directo), por el hecho ajeno (por los hechos causados por las personas que están bajo nuestra vigilancia) y responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades peligrosas.

Para que se configuren ambas responsabilidades es necesario que cumplan con los siguientes elementos: hecho o culpa (para autores como Tamayo podría hablarse de una conducta) daño y nexo causal.

El hecho es el suceso que genera la responsabilidad, el daño es el perjuicio que se le ocasiona a una persona con la ocurrencia del hecho o conducta y el nexo es la relación de causalidad entre los dos anteriores.

Teniendo en cuenta el presente artículo se basa en una responsabilidad laboral este se centrará en el daño y en la responsabilidad objetiva, por ser la actividad laboral de este tipo.

La responsabilidad por el hecho propio como su nombre lo indica es la que se refiere aquellos daños causados directamente por el sujeto, está regulado bajo la cláusula general de responsabilidad civil: “ARTICULO 2341. <RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL>. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.” (Código Civil Colombiano, 1887). Establece una responsabilidad que se basa en la culpa probada del que cometió el daño, siendo el que lo alega quien debe demostrarlo. Toda la responsabilidad que no se encuentre expresamente regulada en la norma, tiene cabida en el artículo 2343 del Código Civil. “No se puede perder de vista que en el fondo toda la responsabilidad contractual y extracontractual es, estricta lógica, una responsabilidad directa ya que en última instancia es la conducta de la gente la que se reprocha” (Tamayo, 2007, p.579). Pues es el hecho de que las personas o cosas hayan estado bajo el cuidado del demandante y que hayan causado un daño lo que la ley presume, es decir que para hablar de una inexistencia en el caso de dicha responsabilidad no se ataca el nexo causal sino, la culpa. Siendo la culpa un factor que puede cometerse con o sin dolo (delito o cuasidelito según el caso).

La responsabilidad contractual por el hecho de un tercero es la “del deudor contractual cuando no es él, sino la persona que ejecuta el contrato, quien actúa de forma ilícita y

consecuentemente ha dado lugar a que el deudor incumpla sus compromisos contractuales” (Tamayo, 2007, p. 656). Puede haber un incumplimiento del contrato por el hecho de un tercero por: daño imputable a un tercero ajeno al deudor en el que la relación causal de dicho incumplimiento es de un tercero que no había sido encargado por el deudor para que ejecutara el contrato, y que es totalmente ajeno a las actividades y obligaciones jurídicas de dicho deudor. (Tamayo, 2007). También puede existir un daño imputable a un tercero dependiente o empleado del deudor cuando el deudor, de acuerdo a la ley o el contrato delega la ejecución de este en personas que tiene bajo su subordinación laboralmente.

Otro daño puede ser el imputable a un tercero independiente (sustituto), a quien se le encomendó la ejecución del contrato, es decir cuando hay una subcontratación en la que se delega a un tercero sin ninguna dependencia la ejecución del contrato. Sin embargo, hay una responsabilidad del deudor inicial para el cumplimiento del contrato. Este será uno de los puntos en los cuales se desarrollará el presente artículo.

Por otra parte, también se puede hablar de un daño imputable a personas que dependen del deudor, “puede suceder que el incumplimiento contractual sea imputable a un tercero que, sin estar encargado del cumplimiento del contrato de todas formas dependía del deudor contractual” (Tamayo, 2007, p. 659). Es este uno de los tipos de responsabilidad que aplica en materia laboral, como por ejemplo la responsabilidad del empleador por los accidentes de trabajo imputables a otros trabajadores, porque el incumplimiento se da por personas que están bajo la responsabilidad del deudor.

En la responsabilidad contractual en caso de daño causado por un tercero no se habla de una responsabilidad subjetiva basada en la culpa del deudor, sino que hay dos culpas: la persona que ocasionó directamente el daño y la persona que responde civilmente (la que tenía bajo su cuidado al directamente responsable). La ley asume que la persona civilmente responsable por que hay una dependencia en los hechos por estar bajo su cuidado. Pero cuando se habla de un tercero a quien le es imputable la ejecución del contrato “la culpa del tercero compromete directamente al deudor” (Ghestin, Viney & Jourdain, 1988, p. 837).

La responsabilidad extracontractual por el hecho de un tercero en esencia es igual a la responsabilidad civil contractual, pero con la diferencia de que no media ningún vínculo contractual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 11 de marzo (1952) afirma: “el legislador sanciona también el comportamiento presuntamente culposo del civilmente responsable, lo que finalmente desemboca en una responsabilidad por un hecho personal de naturaleza omisiva” (p. 388). Sobre este tipo de responsabilidad para los empleadores. Es importante tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico colombiano no se aplica la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, sino la responsabilidad por el hecho propio cuando la persona que causa el daño es dependiente de una persona jurídica.

Lo que realmente genera la presunción de culpa contra el empleador es el hecho de que durante el ejercicio o cumplimiento de sus funciones el dependiente está bajo sus órdenes y en virtud de una relación jurídica, generalmente de tipo contractual, el empleador tiene la suficiente autoridad para regular, ordenar y controlar los actos de sus dependientes, evitando así que estos se comporten de forma lícita causándole daño a terceros (Tamayo, 2007, p. 750).

En ese orden de ideas la responsabilidad nace por la subordinación y el deber de vigilancia, en virtud del contrato de trabajo, pero hay casos en los que este no existe “si el patrono cede su empleado a un tercero para que el empleador le preste un servicio” (Tamayo, 2007, p. 751). Hablamos de que hay una subordinación de la persona a quien ese trabajador le está prestando dichos servicios, en este caso la responsabilidad recae en cabeza del tercero quien tiene la subordinación transitoria. Es dable aclarar que la subordinación debe existir por mandato legal y/o contractual, no de otro tipo.

En el caso de los contratistas independientes hay una ausencia de subordinación, por tal razón el contratante no incurre en responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno en caso de que haya un daño causado a un tercero y que este daño sea ajeno al contrato, y causado por el contratista independiente.

En relación con este tipo de responsabilidad y los elementos esenciales que conlleva, respecto a las empresas de servicios temporales cuando un trabajador vinculado a este tipo de empresas causa un daño a un tercero mientras está al servicio de la empresa usuaria, es esta y no la de servicios temporales la que tiene la presunción de culpabilidad por los daños causados por el trabajador, puesto que la empresa de servicios temporales no tiene la posibilidad ni la obligación de vigilar en forma directa el comportamiento del trabajador en el sitio de trabajo.

Como el desarrollo de una actividad laboral implica el ejercicio de actividades peligrosas, para que surja la presunción de culpa contra el empleador se requieren una serie de elementos: el acto ilícito del trabajador que puede ser culposos y en otras ocasiones objetivamente ilícito (depende del uso que se le dé a dichas actividades peligrosas cuyo amparo está bajo el empleador, el dependiente o el tercero, dependiendo del escenario). También se requiere que el dependiente cause daño a un tercero, dependiendo si hay un vínculo contractual de dicho tercero con el empleador y “el daño surge de la inejecución del contrato entonces no se aplica la presunción de culpa del artículo 2347 sino la responsabilidad contractual del hecho ajeno. Tampoco hay una presunción de culpa extracontractual del hecho ajeno cuando el trabajador se causa un daño así mismo” (Tamayo, 2007, p. 764).

Atendiendo al desarrollo de la industria las actividades de los trabajadores han evolucionado debido a que se ha tenido que hacer uso de las maquinarias y elementos tecnológicos “Por su parte, las nuevas corrientes doctrinales sobre la responsabilidad sin culpa se abrieron paso especialmente en materia de daños por las cosas custodiadas y en los accidentes laborales” (Woolcott, Monje, Comandé, Peláez, & Alarcón, 2018, p.23). Por tales razones, se ha establecido el desarrollo de las tareas laborales como una actividad peligrosa, basada en un criterio de imputación de riesgo, es decir que hay una responsabilidad objetiva que cumple los postulados del artículo 2356 del Código Civil. Es así como se habla de la teoría del riesgo que descarta la teoría de culpa como elemento integral de la responsabilidad. De acuerdo a este postulado “toda actividad que crea para otro un riesgo hace a su autor

responsable del daño que pueda causar” (Tamayo, 2007, p. 822). No es necesario determinar si se actuó con prudencia. Conforme a lo anterior, la víctima no debe probar que es una actividad riesgosa pues esta prueba ya recae en la naturaleza de la actividad, como no se habla de culpa se sabe de riesgo por la regulación preventiva como indicadores que son los reglamentos, protocolos, lex artis, legislación administrativa sancionadora de esas conductas, entre otras.

Hay una presunción de responsabilidad en la que el daño y la relación causal se encuentran probados, pero admite prueba en contrario de la que se hablará más adelante.

La responsabilidad por actividades peligrosas solo se aplica en materia extracontractual. En el escenario laboral hay una responsabilidad basada en el riesgo-beneficio, toda vez que la responsabilidad civil de los empleadores por el hecho de sus empleados no permite que el empleador demuestre una inexistencia de culpa. “La responsabilidad por actividades peligrosas se fundamenta en una culpa probada consistente en crear más peligro del que normalmente están en capacidad de soportar los demás individuos que viven en sociedad” (Tamayo, 2007, p. 679). En el caso de los trabajadores aunque estos hagan uso material de las cosas para ejercer una actividad laboral la responsabilidad recae en el empleador por ostentar el poder intelectual de uso, dirección y control pero eso no quiere decir que el trabajador nunca sea responsable, pues en caso de cometer un daño no responderá por lo consagrado en el artículo 2356, sino será una responsabilidad por el hecho propio, es decir se le dará aplicación a lo establecido en el artículo 234, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia 16 de febrero (1959):

Cuando el patrono es el guardián de la actividad peligrosa, la víctima podrá demandar solidariamente al patrono y al trabajador teniendo el cuidado de argumentar la presunción de responsabilidad contra el patrono y de tratar de probar la culpa del dependiente (p. 2).

Las actividades peligrosas en razón a su naturaleza es más probable que causen daño el cual es superior al que está en capacidad de soportar una persona en condiciones normales actuando con prudencia y diligencia. En Colombia dichas actividades pueden ejercerse con cosas o sin ellas. De acuerdo a esto no hay un límite exacto entre las actividades peligrosas, pues se puede determinar el alcance de la norma, lo cual es tarea del operador jurídico.

Puntalmente en materia laboral la carga de la prueba en la responsabilidad por accidentes de trabajo ha sido establecida bajo el Código Sustantivo de Trabajo:

ARTICULO 216. CULPA DEL EMPLEADOR. Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo.

El ordenamiento jurídico consagra que en este artículo hay una presunción de culpa , pero no basado en actividades peligrosas del 2356 del Código Civil, sino al artículo 1604 de la norma ibídem, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia 16 de Febrero (1959): obliga a probar la diligencia y cuidado de quien ha debido emplearlos (p . 242).

### 3. El daño como elemento de la responsabilidad civil.

El daño “es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”. (Santos, 1981, p. 126). “Es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima” (Bustamante, 1983, p. 319). Lo anterior, son las dos características más importantes en el derecho civil. Respecto a la reparación de los daños Valencia & Ortiz (2014) afirman que las estructuras sobre las que se desarrolla el Código Civil: “no quedarían debidamente protegidas sino se ordenase que

toda persona debe respetarlas y que cualquier lesión o daño a tales instituciones genere la obligación de restablecer el equilibrio roto” (p. 53).

En el caso de la responsabilidad objetiva no es posible causar daño, así este sea sin culpa, puesto que la responsabilidad se da por la ocurrencia del resultado dañoso. Es dable recordar que en este régimen no importa la conducta prudente. Lo anterior, generando una obligación de reparar un “vínculo de derecho que somete a una persona a efectuar una prestación a favor de otra” (Tamayo, 2011, p. 76).

El daño se caracteriza para que sea indemnizable, no solo es necesario que exista un perjuicio si no que debe ser cierto, quien lo reclame debe tener legitimación (es decir que sea la misma que fue perjudicada, aunque no sea físicamente la misma lesionada) y por último, la afectación moral o económica debe estar protegida por el ordenamiento jurídico. Referente a la certeza del daño se establece que haya una ocurrencia por acción u omisión, que haya modificado el mundo exterior, habiendo un nexo causal entre un hecho dañoso y dicho perjuicio. A pesar, de que la cuantía del daño debe probarse, si el juez determina que existe un menos cabo podrá condenar de acuerdo a las reglas de la sala crítica. El daño puede ser pasado, presente o futuro dependiendo del caso.

En relación con el beneficio lícito, en materia laboral cuando la víctima sufre una disminución de su capacidad laboral futura por algún hecho dañoso se está afectando su capacidad laboral de lograr una remuneración, no se habla de un derecho adquirido, pero si de una protección legal y constitucional.

Los daños y perjuicios se clasifican en:

Patrimoniales: Nacen del “Derecho patrimonial es el evaluable en una suma de dinero. Tales derechos se encuentran dentro del patrimonio de una persona” (Valencia & Ortiz, 2014, p. 300). Son los ocasionados por daños a nivel material. Sus clases son: Daño emergente (es lo que se gastó para mitigar los efectos del daño) y lucro cesante (lo que se



dejó de percibir con ocasión al daño). Estos prejuicios están reguladas por el artículo 1614 del Código Civil.

Extrapatrimoniales: Son lo que causan una afectación a nivel inmaterial como por ejemplo el daño a la salud, a la vida en relación. De alguna manera es la forma de resarcir el dolor emocional causado por una conducta ilícita. Están resguardados por el bloque constitucionalidad. A pesar de que, en este sentido, no es posible reintegrar exactamente los bienes lesionados, uno de los fines de la responsabilidad civil es el compensatorio, es decir la reparación de todos los daños efectivamente producidos.

La reparación es incompleta y aproximada, tratando de brindar a la víctima bienes que le reporten satisfacciones similares a las producidas antes por el bien afectado. La imposibilidad de reparación exacta no impide, pues, que el daño se indemnizado. (Tamayo, 2007, p. 487).

La lesión de la acción dañina puede recaer en la “víctima directa o de terceras personas, parientes o no, del primer perjudicado” (Tamayo, 2007, p. 470).

Atendiendo a los postulados de los derechos patrimoniales de la víctima estipulados en la Constitución Política, se expidió la Ley 446 de 1998 que introdujo el concepto de reparación integral fundada en la equidad, es decir que esta debe ser completa como se dijo anteriormente, sin embargo el legislador ha establecido límites indemnizatorios, como es el caso de los perjuicios patrimoniales y de la seguridad social. Lo anterior, para no colapsar el sistema y no incurrir en una subcompensación o sobrecompensación. Aterrizando en el caso de los casos de accidentes de trabajo por el hecho de que la víctima tiene un beneficio en cuanto a la presunción de culpa en contra prestación “solo tiene derecho a una indemnización parcial del daño sufrido” (Tamayo, 2007, p. 548). Aun así si se logra demostrar plenamente que existe una culpa del empleador se puede indemnizar totalmente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

## II. CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD.

Por último, en lo que respecta al daño este tiene unas causales de exoneración, cuando se habla de responsabilidad objetiva estos son: culpa exclusiva de la víctima (la cual requiere que la participación de esta sea determinable), fuerza mayor o caso fortuito y hecho de un tercero. Se requiere que las anteriores sea: imprevisible, irresistible y extraordinaria. Esto quiere decir “que, pese a esa imputación material, la causalidad jurídica no existe porque el daño es imputable a un evento exterior completamente inevitable” (Tamayo, 2007, p. 5). Se habla entonces de causa extraña que da lugar a una exoneración total de responsabilidad, pero es decir que no hay una concausa o concurrencia de culpas.

Refiriéndose a sus elementos cuando se habla de irresistibilidad es importante resaltar que esta no es sobre la situación sino sobre sus efectos. Referente a la imposibilidad esta no puede ser una simple dificultad, sino que debe ser razonable, depende de la obligación contractual (puede ser material o moral) y contrario a la responsabilidad subjetiva como no es dable entrar a debatir sobre la diligencia y cuidado aplicados, este elemento de la causa extraña puede existir aun cuando no se hayan tomado medidas para el daño.

En cuanto a la imprevisibilidad esta se configura según la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1989) “cuando no sea posible contemplar lo anticipado por su ocurrencia” (p. 8). Es decir no imaginable, en cambio de la imposibilidad aquí sí se puede hablar de lo que ocurre a pesar de una diligencia.

Cuando se habla de irresistibilidad e imprevisibilidad se requiere que estos sean externos al presunto responsable del daño.

Así mismo respecto a las especies de la causa extraña se empezara a hablar del hecho de la víctima, que es cuando esta tiene participación en la ocurrencia del daño. Cuando se habla de este hecho como causa exclusiva del daño no se habla de la existencia de la culpa por parte de la víctima. En cambio cuando este hecho es una causa parcial del daño dependerá

si el escenario es de una responsabilidad subjetiva u objetiva, en la primera será importante el factor culposos, mientras que en la segunda, que es la que interesa a este artículo, dicho factor no es importante y lo que permite la contribución de la víctima al daño es reducir la indemnización, puesto que hay una culpa por parte del causante del daño (el empleador al poner en riesgo al trabajador para el ejercicio de la actividad peligrosa). El desarrollo de este tipo de actividades tiene una doble connotación, puesto que hace que sea una actividad peligrosa no solo para la víctima sino también para el empleador, la doctrina habla de una aceptación de riesgos solo “cuando ella configura una culpa de la víctima” (Tamayo, 2007, p. 94).

#### 1. Fuerza mayor o caso fortuito

En relación con el hecho de un tercero requiere como presupuesto esencial que no exista una imputabilidad física de dicho hecho al demandado, es decir que materialmente ha producido el daño pero se considera que jurídica y moralmente no se ha causado. Se requiere que no haya ninguna relación jurídica con el demandado por parte de este tercero “se refiere no solamente a la actividad peligrosa considerada así misma sino también a cualquier otra persona cosa o actividad que dependa jurídicamente del demandado” (Santos, 2006, p. 175). Como por ejemplo un empleador no puede alegar una conducta realizada por alguno de sus trabajadores por el hecho de un tercero. No se requiere el hecho de un tercero sea culposos sino que es la causa exclusiva del daño no es necesario su identificación, exonera totalmente responsabilidad al demandado.

### III. DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURIDAD SOCIAL

Para abordar el tema central de la presente investigación es importante establecer esta diferencia.

Mientras la responsabilidad civil, tanto culposa como la objetiva, parte el supuesto necesario de que el causante del daño tiene que ser responsable, la seguridad social parte del hecho simple y objetivo de que hubo un daño que a la luz de la ley da lugar a una indemnización o compensación, sin que sea necesario proceso alguno sin que haya la necesidad de condenar al causante del daño. (Tamayo, 2007, p. 8).

En el caso de la seguridad social para que aplique la indemnización no es necesario establecer la culpa, es decir que no es necesario iniciar un proceso ante la jurisdicción, sino que para reclamar los perjuicios este se adelanta por vía administrativa ante la misma institución, que es a quien se le adjudica el riesgo como en el caso de los accidentes de trabajo.

Otra diferencia de la seguridad social es que no cubre daños extrapatrimoniales ni tampoco hay una relación de bilateralidad (la relación entre sujetos) adicionalmente las normas aplicables no son las mismas que en la responsabilidad civil. Vale decir que se puede iniciar al mismo tiempo dos procesos al tiempo en estos casos, uno ante la jurisdicción y otro ante la administradora correspondiente. La estructura de este sistema obedece al modelo de Estado colombiano y la situación de siniestralidad, convirtiéndolo en un régimen de indemnización un poco más automático. Sin embargo no se puede olvidar que al conllevar esto un factor económico a cargo del Estado se pretende no incurrir en su compensación y sobrecompensación.

Todo lo anterior ha ocasionado a que de alguna manera algunas instituciones de la responsabilidad civil hayan evolucionado o de alguna manera hayan mutado a la seguridad social. Sin embargo, esto no quiere decir que la responsabilidad civil objetiva sea igual al sistema de seguridad social, pues como se verá más adelante este tiene unas características propias.

#### IV. CULPA EN LA TERCERIZACIÓN LABORAL

Con respecto al Derecho Contractual Laboral en virtud del Artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo: el incumplimiento anticipado de las obligaciones patronales derivadas de contratos laborales no admite la validez de cláusulas restrictivas de la responsabilidad de los patronos, pues los trabajadores no solo son una parte débil, sino que sus normas son una conquista que obedece a razones de orden público por principios sociales y de dignidad humana para que su medio de sustento no sea afectado (Gual, 2015, p. 75)

La empresa de servicios temporales es la directamente encargada de la responsabilidad de la salud ocupacional de los trabajadores en misión. Aun así, hay una discrecionalidad de decisión entre la EST y la empresa usuaria, sobre el abastecimiento de elementos de trabajo y el adiestramiento específico para actividades particularmente riesgosas (Diazgranados, Vallecilla, Diazgranados, Gómez, Montenegro & Almanza, 2018, p. 180).

A largo de estos capítulos se ha establecido el concepto de culpa como elemento de la responsabilidad civil, y más aún puntualizado en materia laboral, el problema de este artículo recae en que cuando se habla de una tercerización laboral, se podría decir que el empleador se convierte en un tercero (Empresa de Servicios Temporales) puesto que de alguna manera le “cede” a otra empresa (la usuaria) la subordinación de un trabajador (trabajador en misión) para que la empresa beneficiaria tenga su disposición a dicho trabajador. En el marco de esta triangulación laboral y basada en los postulados de la responsabilidad contractual y extracontractual en materia de una actividad riesgosa se podría decir que la responsabilidad del trabajador es de ambos empleadores (en riesgos laborales y seguridad y salud en el trabajo). Diferente a esto, en la realidad jurídica de alguna manera se desdibujan dichas responsabilidades y en el momento de asumir algún perjuicio en materia de indemnización en la jurisdicción ordinaria se aplica el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo solamente frente a la empresa de servicios temporales.

De acuerdo a lo esbozado en el presente artículo se puede establecer que la responsabilidad civil-laboral recae también en la empresa usuaria, realizando una interpretación más allá del postulado positivista y exegético del artículo referente a la culpa patronal en el estatuto laboral.

Podría señalarse que la norma laboral se queda corta referente a la regulación de la responsabilidad de la empresa beneficiaria, al ser un modelo de contratación establecido posterior a la expedición de la norma y cuyo auge se dio bajo las políticas de la Constitución de 1991, complementado con el desarrollo de un mundo globalizado y las nuevas tecnologías.

Lo establecido en la norma genera que el trabajador tenga que acudir ante la jurisdicción para iniciar un proceso judicial que determine la responsabilidad de la empresa beneficiaria, estando en una situación de desigualdad de acuerdo a las características del contrato laboral y a nivel probatorio dado que no le es tan fácil su cercanía con la prueba.

Sin embargo la jurisprudencia ha sentado su postura en diferentes sentencias estableciendo que existe una solidaridad de la empresa beneficiaria, y que en caso de una condena a una empresa de servicios temporales estas pueden repetir contra la empresa usuaria.

#### 1. Prevención del daño

Los trabajadores en misión también están amparados bajo el sistema de riesgos laborales, dicho sistema establece unas obligaciones de protección en cabeza del empleador respecto al trabajador, velando por la prevención del daño, las cuales están establecidas también para las empresas usuarias.

Se deben determinar los factores que representan riesgo para el trabajador, cuidando así la salud del trabajador y previniendo la ocurrencia de enfermedades laborales, como la

existencia de programas de medicina ocupacional que obliga al trabajador como al empleador (al primero al realizar los exámenes de ingreso periódicos y de egreso, y del trabajador de informar las enfermedades que presenta). También hay una obligación de informarle al trabajador en misión los factores de riesgo a los que pueda estar expuesto según su trabajo y suministrarle todos los elementos de protección que disminuyan dichos factores y que cumplan con los requisitos de la norma.

Es así como se puede ver una materialización de responsabilidad por parte de la empresa usuaria con el trabajador en misión.

Con forme a lo anterior se puede ver claramente que la empresa usuaria es quien pone en riesgo al trabajador por la realización de una labor a su beneficio.

## V. DESARROLLO DE LA CULPA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En el marco de una responsabilidad objetiva y actividad riesgosa, como es la laboral, para evitar el daño es necesario prevenirlo. Ya habiendo establecido la diferencia entre la responsabilidad civil y la seguridad social cuyo fundamento es “la prevención para asegurar la existencia de los individuos y de las sociedades, que se expresa en la protección integral una de cuyas manifestaciones es la protección social” (Cortés, 2009, p. 6).

La causa material de la protección social es el ser humano para que pueda suplir necesidades establecidas socialmente, promover su bienestar y tener una existencia digna. Formalmente la causa obedece a la regulación normativa siguiendo el sistema de aseguramiento determinado por la política del Estado, quien es el responsable y garante de la protección social de acuerdo al contrato social.

El derecho laboral fue el pionero en el tema de los seguros sociales protegiendo al trabajador.

### 1. Antes de la Constitución Política de 1991

La Ley 6 de 1945 adopta un sistema de seguridad social en Colombia creando cajas departamentales y municipales de previsión social, estableció a cargo del empleador las indemnizaciones por enfermedad profesional y no profesional hasta por 180 días.

La Ley 90 de 1946 creó el seguro social obligatorio y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, dicha norma cubría solo trabajadores dependientes “podían los patronos asumir directamente todos o algunos de los riesgos cubiertos por la Ley” (Cortés, 2009, p. 136).

En 1965 el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumió los riesgos por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

### 2. Después de la Constitución Política de 1991

“El impacto de la nueva carta política en el sistema de seguridad social es alto, en cuanto reformula a través de sus normas y principios la fundamentación del mismo” (Cortés, 2004, p. 25). Lo anterior toda vez que se establece un Estado social de derecho, con el trabajo como fundamento del mismo, la solidaridad es base de la protección social se convierte en un servicio público de carácter obligatorio se reconoce el derecho a la salud, la integración del bloque de constitucionalidad. El cambio más importante en este sentido es que se constitucionaliza la seguridad social como fin social del Estado. La Constitución Política establece:

ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:



Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o

servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

ARTICULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Se expide la Ley 100 de 1993 el máximo referente legislativo de seguridad social que atiende a lo establecido en la constitución política, respecto a los riesgos profesionales faculta al gobierno para regular en ese tema.

Así mismo, la Corte Constitucional Sentencia C-408 (1994) estableció la seguridad social en “un derecho irrenunciable de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio” (p.151). También refiere que es un conjunto realizándose una afiliación al sistema y no a uno solo de los subsistemas que lo comprenden, estableciéndole un carácter irrenunciable, que garantiza la dignidad humana a través de mínimos derechos de pensión, salud y trabajo, en este caso puntual la socialización de los riesgos.

En el trasfondo económico que acompaña a la política social focalizada se advierte un Estado en el que la población más vulnerable, carente de bienes, servicios, educación, trabajo, etc., se convierte en víctima de una economía liberal, en la que ellos resultan perdedores, y por ello la política social les focaliza como la “parte débil”, a la que existe la obligación de ayudar. De allí que estas políticas terminen siendo compensatorias. De este modo, la asistencia social se relaciona con una

desigualdad estructural generada por una política económica con unas notas características particulares. (Guarín, 2018, p. 22)

Enfocándose en el régimen de riesgos profesionales el Decreto Ley 1295 de 1994 fijó el objetivo del sistema como “destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos, de las enfermedades y accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan”.

En los riesgos profesionales fundamentados en la seguridad social hay un traslado del riesgo que crea el empleador por la actividad laboral a una entidad aseguradora, el cual tiene en cuenta la labor desempeñada por el trabajador para establecer el nivel de riesgo. No obstante, el empleador debe asumir las medidas necesarias para prevenir la ocurrencia del riesgo y “puede ser responsable pleno por los perjuicios que el incumplimiento de esta obligación genere” (Cortés, 2009, p. 298). Las administradoras también tienen la tarea de promocionar la prevención del riesgo. Es por eso que se les exige a los trabajadores independientes la afiliación al sistema.

A pesar de lo anterior el sistema “tiende tímidamente a la inclusión del sector de los independientes contratistas” (Cortés, 2009, p. 303). Materia central del presente artículo.

El Decreto 1295 de 1994 definía el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, pero fueron declaradas inexecutable por la Sentencia C-858 de 2006 y C-1158 de 2008 por defectos en el trámite de dicha norma, ordenando el Congreso la expedición de una nueva norma.

El sistema de riesgos profesionales comprende las coberturas de riesgos del trabajo (asistenciales como médicas y demás, y económicas como pensiones subsidios e indemnizaciones) y salud ocupacional, (capacitaciones por empleador y ARL, cumplimiento de normas y reglamentos por trabajadores).

Recientemente, mediante el Decreto 1072 de 2015 se estableció el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST) cuyo objetivo es “la protección de la integridad del personal que realiza el trabajo, labor o actividad, con la identificación de prácticas, procesos, situaciones peligrosas y de acciones de intervención en los riesgos propios de la actividad económica” (Ministerio de Trabajo de Colombia, 2019).

A pesar de lo anterior, la Carta Política de 1991 en el ámbito de la tercerización laboral marcó “la ruta de lo que puede ser, para unos, la adaptación del mercado laboral a las necesidades de producción que requería el país o, para otros, la precarización de la condición laboral, debido a la flexibilización que pone a tambalear el derecho fundamental al trabajo” (Díazgranados, Vallecilla, Díazgranados, Gómez, Montenegro & Almanza, 2018, p. 173). La tercerización encaja en los parámetros del nuevo modelo económico planteado por esa Constitución. Sin embargo muchos autores consideran que este tipo de modelo laboral aumenta la formalidad, disminuye las garantías laborales y la calidad de trabajo.

Las políticas públicas sobre trabajo decente tienen muy pocos efectos en la generación de trabajo formal; por ello, en Colombia el mundo del trabajo está caracterizado por más informalidad, más tercerización, más pobreza, más trabajo precarizado, más violencia sindical y menos negociación colectiva; en fin, más efectos negativos para la sociedad laboral. (Ostau, Niño, Vallejo, León, Lizarazo, Reyes & Huffington, 2018, p. 175)

## VI. LA TERCERIZACIÓN LABORAL.

En un mundo moderno en donde el trabajador compite con las máquinas desde el surgimiento de la revolución industrial se hace necesario cada día tener más conocimientos, y especializarse en cada uno de estos, es así como surge la tercerización laboral, siendo no solo necesario para los trabajadores el tener un título de pregrado en un área profesional para

trabajar con un empleador específico, si no que nace la importancia del trabajador de acuerdo a sus conocimientos específicos, surgiendo la individualización de la relación de trabajo.

Esto implica ubicar en primer plano al trabajador, como persona concreta, con una capacitación y reconocimiento profesional determinado. Entonces el empleado posee una gran variedad de motivaciones, tiene un estatus que le permite cambiar de función o de lugar geográfico sin problemas. Todo ello surge por diversas razones de tipo tecnológico, productivo, organizacional y económico (Pérez, 2009, p. 6).

Con el surgimiento de las nuevas tecnologías vino la idea de la globalización que acentúa aún más el concepto de dinamismo empresarial, la flexibilidad laboral, la búsqueda del cambio por el trabajador haciendo uso de sus conocimientos y autonomía laboral, se hace necesario para las empresas del futuro encontrar un equilibrio entre sus propósitos empresariales y los del trabajador.

Esta circunstancia se viene presentando en la evolución que ha tenido la actividad empresarial, desde la década de los años 80 en el siglo pasado, hasta lo que se ve en los primeros años del nuevo siglo iniciándose así un proceso de búsqueda de flexibilidad estratégica y eficiencia administrativa para lograr una mayor competitividad en los mercados que caracterizó la década de 1980 en la que se inició para lograr el objetivo deseado, la teorización de actividades secundarias (actividades medios) en las empresas. (Pérez, 2009, p. 8).

Posteriormente se pasó a la tercerización de las actividades centrales de las empresas por motivos de reducción de costos, como en el caso de los recursos humanos, y poder competir en los mercados modernos internacionales.

En este sentido la tercerización evoluciona hacia la distinción entre lo que se debe entender por tercerización de servicios o producción de bienes en la que prima el resultado final que se da con total autonomía e independencia de quien lo presta, de

una tercerización laboral en la que el trabajador es el eje central y debe tener las garantías laborales para evitar los abusos que una tercerización mal entendida y confusa genera graves incidencias para la precarización del empleo. (Pérez, 2009, p. 9).

#### 1. La tercerización de bienes y servicios.

La tercerización propiamente dicha es cuando se recurre a un tercero para obrar una función que se desempeñaba internamente por una empresa, con unas características propias de contratación, el contratado debe: ocuparse de los servicios prestados a su cargo y riesgos, tener recursos propios: económicos, técnicos y materiales; la responsabilidad por los resultados de las actividades y la subordinación exclusiva de los trabajadores. (Ministerio de Trabajo de Perú, 2008).

#### 2. La tercerización de trabajadores.

Se basa puntualmente en la mano de obra, de acuerdo a la OIT:

El objetivo único o predominante es el suministro de mano de obra (y no de bienes ni de servicios) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere. (Organización Internacional del Trabajo, 1998).

Esta será el tipo de tercerización en la que se basa este artículo, habiendo entonces una intermediación laboral, es decir la contratación de una empresa usuaria para que desarrolle el objeto social de una empresa de servicios temporales, por medio de trabajadores en misión, figuras que serán explicadas más adelante.

### 3. Empresas de servicios temporales y su responsabilidad en materia laboral.

Conforme a lo expuesto anteriormente, la responsabilidad civil es la base de la responsabilidad laboral, lo que se refiere a accidentes y enfermedades de trabajo es conocido por el derecho laboral, pero en lo que no esté expresamente regulado por esta, se da aplicación a la responsabilidad civil, como por ejemplo en el caso de perjuicios y demás. Estando frente a los postulados de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo.

Es así como dichos postulados se enfocarán en la relación de intermediación del beneficiario de una empresa de Servicios Temporales y empresa usuaria con el trabajador.

El Código Sustantivo del Trabajo señaló:

#### ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.
2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.
3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

El Decreto 2351 de 1965 modificó el Código Sustantivo del Trabajo estableciendo:

#### ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Los trabajadores temporales que atendían reemplazos por causa de enfermedades, vacaciones y demás, se encontraban amparados bajo el Decreto 652 de 1935, con el Decreto 1433 de 1983 se permitió que estos servicios fueran prestados a terceros.

Naciendo de esta forma la llamada triangulación laboral, en el cual el trabajador tiene el vínculo contractual con la empresa que presta el servicio, denominada empresa de servicios temporales y no con la empresa en donde desarrollara su labor, denominada empresa usuaria. (García, 2015, p. 15)

Así mismo, la Ley 50 de 1990 empezó con la regulación de las empresas de servicios temporales:

ARTICULO 71. Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el



desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

La temporalidad estaba establecida por un límite de 6 meses, prorrogable por otros 6 meses.

Por otra parte, la empresa de servicios temporales tiene a su cargo las obligaciones de seguridad social y demás derechos laborales, su objeto social es la prestación de servicios temporales para ayudar a un tercero (empresa usuaria) con su actividad social, como su nombre lo indica, pero así mismo también pueden contratar como empleadores a trabajadores (en misión) para desarrollar los servicios de la empresa beneficiaria. Es así como la empresa de servicios temporales tiene diferentes clases de trabajadores para prestar sus servicios:

1. Trabajadores propios: Los llamados trabajadores de planta “que desarrollan su actividad en la sede de la empresa de servicios temporales” (García, 2009, p.117). Su vínculo contractual es inmediato con el objeto social de la empresa de servicios temporales, para que su actividad sea real en virtud de lo anterior el verdadero empleador es la empresa de servicios temporales.
2. Trabajadores en misión: “Realiza una tarea o servicio en desarrollo de un contrato comercial de prestación de servicios temporales sin tener relación jurídica laboral alguna con el usuario” (García, 2009, p.116). Su empleador es la empresa de servicios temporales teniendo una relación laboral con esta, siendo el responsable de las obligaciones laborales. Estos trabajadores se dirigen a las instalaciones de las dependencias de las empresas usuarias para desarrollar el servicio contratado por estos, es decir que la colaboración que las empresas de servicios temporales le hacen a las empresas usuarias se ve efectuado con este tipo de trabajadores, estando integrado el trabajador en misión al contenido del servicio de la empresa usuaria.

Haciendo uso del *ius variadi* por la empresa de servicios temporales los trabajadores en misión pueden efectuar las labores de la empresa usuaria en los diferentes centros de trabajo que esta posea, u en otra empresa beneficiaria que tenga relación contractual con la empresa de servicios temporales.

Ambas clases de trabajadores pueden ser vinculados mediante cualquiera de los tipos contractuales que ampara el ordenamiento jurídico en materia laboral, y así mismo en las diferentes variedades societarias en materia comercial. Pérez (2009) afirma:

Esta realidad hace que la empresa de servicios temporales en su condición de empleadora con todas sus consecuencias, sea la responsable frente a sus trabajadores de planta y en misión, en todo, es decir, salarios, prestaciones sociales, salud ocupacional, y demás obligaciones. (p.118).

Mediante Sentencia de 24 de Abril de 1997. Radicación 9435, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (1997) ha establecido que:

Con respecto al personal en misión, para todos los efectos la empleadora es la empresa de servicios temporales y por la tanto esta se hace responsable del pago de los pertinentes derechos laborales incluso de la salud ocupacional. (p.498)

#### 4. Empresas usuarias o beneficiarias y su responsabilidad en materia laboral.

Pueden ser empresas de carácter civil y/o publico que necesitan la prestación de servicios diferentes a su objeto social de carácter temporal, por tal razón contratan a las empresas de servicios temporales para la realización de dichas tareas, “quien asumirá la calidad de empleador y con la responsabilidad propia de dicha posición contractual será el EST y no la empresa usuario o de servicio” (García, 2015, p.19). No puede haber una subordinación por parte de las empresas usuaria hacia la empresa de servicios temporales, lo anterior para evitar

actuaciones mal intencionadas por parte de los empleadores referentes a la responsabilidad en materia laboral.

La legislación colombiana regula las relaciones contractuales entre la empresa de servicios temporales y la empresa beneficiaria de acuerdo a lo consagrado en el Decreto 4369 del 2006, compilado en el artículo 2.2.6.5.8 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015 señala:

ARTICULO 8o. CONTRATOS ENTRE LA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES Y LA EMPRESA USUARIA. Los contratos que celebren la Empresa de Servicios Temporales y la usuaria deben suscribirse siempre por escrito y en ellos se hará constar que la Empresa de Servicios Temporales se sujetará a lo establecido en el Código Sustantivo de Trabajo para efecto del pago de salarios, prestaciones sociales y demás derechos de los trabajadores. Igualmente, deberá indicar el nombre de la compañía aseguradora, número de la póliza, vigencia y monto de la misma, con la cual se garantizan las obligaciones laborales de los trabajadores en misión.

La relación entre la empresa usuaria y la Empresa de Servicios Temporales puede ser regulada por uno o varios contratos, de acuerdo con el servicio específico a contratar.

Cuando se celebre un solo contrato, este regulará el marco de la relación, la cual se desarrollará a través de las órdenes correspondientes a cada servicio específico.

## CONCLUSIONES

El estudio de la responsabilidad civil-laboral extracontractual y contractual frente al trabajador en misión cuando hay tercerización laboral en el presente artículo, permite concluir que hay un vacío en el ordenamiento jurídico que de manera expresa regule la responsabilidad de la empresa usuaria, porque si bien es cierto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia -Salas de Casación Civil y Laboral no han condenado a dichas empresas

en caso de responsabilidad por culpa probada, toda vez que su interpretación es que solamente hay lugar a responsabilidad contractual en razón de la naturaleza jurídica de la tercerización laboral (por ser la empresa de servicios temporales la empleadora del trabajador en misión). De acuerdo a los postulados de nuestro ordenamiento jurídico después de la Constitución Política de 1991 y la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, se puede comprobar que hay una responsabilidad mixta, pues la empresa usuaria también está en la obligación de indemnizar el trabajador, toda vez que esta obtiene un beneficio del trabajador al desarrollar actividades para el cumplimiento de su objeto social, y con ocasión de su actividad hay factores de riesgo y demás, que también podrían ser causa de un daño producido por un accidente laboral. Asimismo, se podría hablar de una solidaridad en concordancia con la teoría de las obligaciones.

Por otra parte, los principios de la seguridad social, la cual también es aplicable al caso colombiano, permiten que se le de prelación a la víctima, y que esta sea indemnizada materialmente sin acudir al aparato jurisdiccional. Si a un trabajador en un Estado Social de Derecho, pero que desafortunadamente es desigual (como en el caso de este país) le ocurre un accidente de trabajo y el ordenamiento hace más complejo su acceso a la justicia al aplicar solo la teoría contractual cuando también hay lugar a la no existencia de un vínculo previo, no se le estaría aplicando una reparación integral, pues de esta también hace parte el factor de imputación, y en el caso de poder vincular a las dos en un litigio a ambas empresas (usuaria y beneficiaria) se permite establecer en cabeza de quien o de quienes esta la responsabilidad, garantizando mayor acercamiento a nivel probatorio y llegar a una verdad material.

Así mismo, también se pudo observar que al ser un modelo de contratación de la tercerización laboral, que obedece al derecho moderno, y que se ajusta a las tecnologías de la época y en ocasiones es mal usado, todavía tiene muchos desafíos que debe afrontar, por tal razón es importante su correcta regulación y/o aplicación adecuada respecto de los postulados jurídicos laborales y civiles contractuales, y más aún cuando se está en medio de un sistema que busca proteger al trabajador y garantizar su salud a nivel ocupacional como lo es el SGSST. Por tal razón la responsabilidad de prevenir el riesgo en cumplimiento de la

seguridad social y la responsabilidad civil y laboral debe ser en cabeza de ambas empresas, para garantizar una menor siniestralidad con la protección de los trabajadores en todos los ámbitos posibles como el lugar de trabajo, los implementos y demás a que haya lugar.

Es necesario que el Derecho avance de la mano con la evolución del mundo con ocasión de la globalización y las nuevas tecnologías, propendiendo en un ámbito como el laboral el cumplimiento de las garantías de cuidado a los trabajadores en los modelos modernos de contratación, pero que estos sean también conscientes de la responsabilidad individual que tienen cada uno para que el sistema funcione en armonía.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Asociación de Gestión Humana Bogotá y Cundinamarca (2017). Informe mensual del mercado laboral.
2. Ayala Cáceres, C.L. (2005). Legislación en Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales Bogotá: Ediciones Salud Laboral LTDA.
3. Bonivento, J. A. (2009). Los principales contratos civiles y comerciales. Bogotá: Librería ediciones del profesional LTDA.
4. Bustamante, A. (1983). Teoría general de la responsabilidad civil. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
5. Campos, D. (2012). Diccionario de derecho laboral. Bogotá: Ediciones Temis.
6. Código Civil [Código] (2019) Edición 43. Legis
7. Código Sustantivo del Trabajo [Código] (2019) Edición 44. Legis
8. Congreso De Colombia (1945) Ley. Bogotá: Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
9. Congreso De Colombia (1946) Ley 90. Bogotá: Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
10. Congreso De Colombia (1990) Ley 50. Bogotá: Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
11. Congreso De Colombia (1993) Ley 100. Bogotá: Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

12. Congreso De Colombia (1998) Ley 446. Bogotá: Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
13. Constitución Política de Colombia [Const.] (2019) Edición 42. Legis.
14. Corte Constitucional (15 de septiembre de 1994) Sentencia C-408/1994 [MP Fabio Morón Díaz]
15. Corte Constitucional (26 de noviembre de 2008) Sentencia C-1158 de 2008 [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]
16. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (24 de abril de 1997) Sentencia 9435 [MP Francisco Escobar Enriquez]
17. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (20 de noviembre de 1989) Sentencia [MP Alberto Ospina Botero]
18. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (11 de marzo de 1952) Sentencia [MP Gerardo Vargas Mejía]
19. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (16 de febrero de 1956) Sentencia [MP Jorge Vélez García]
20. Cortés, J. C (2004). El sistema de subsidio familiar hacía la Protección Social. México: Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social
21. Cortés, J. C (2009). Derecho de la Protección Social. Bogotá: Legis Editores.
22. Diazgranados, L. A., Vallecilla Baena, L. F., Diazgranados C. M., Gómez, S., Montenegro, J. D. & Almanza, J. E. (2018). Derecho Laboral en Colombia. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
23. González, G. (1979). Derecho del Trabajo. Bogotá: Ediciones Temis.
24. Ghestin, J., Viney, G., & Jourdain, P. (1988). Tratado de Derecho Civil: La responsabilidad París: Ediciones L.G.D.J.
25. Gual, J. M. (2015) Cláusulas de irresponsabilidad: entre asimetría, equilibrio y abusividad. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
26. Guarín, E. A. (2018) La medida de la solidaridad: responsabilidad del Estado y derecho de los asociados. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

27. Ilo.org. (2019). *CIT 86 - Conferencia Internacional del Trabajo*. [en línea] Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/rep-v2b.htm> [Accedido 15 Nov. 2019]. 1998
28. Ministerio De Trabajo Y Seguridad Social (1994). Decreto Ley 1295. Bogotá: Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
29. Ostau, F. R., Niño, L.A., Vallejo, G., León, I. P., Lizarazo, G., Reyes, P. I. & Huffington, R. A. (2018). Trabajo, desarrollo y justicia social: cien años de la OIT. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
30. Pérez, M. (2009). El servicio temporal y otras formas de contratación. Bogotá: Editorial Carrera 7ª.
31. Presidencia De La Republica De Colombia (1935) Decreto 652. Bogotá: Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
32. Presidencia De La República De Colombia (1965) Decreto 2351. Bogotá: Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
33. Presidencia De La República De Colombia (1983) Decreto 1433. Bogotá: Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
34. Presidencia De La República De Colombia (2015) Decreto Único Reglamentario 1072. Bogotá: Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
35. Recuperado 22 Noviembre 2019, de [http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/informacion/EMPRESAS/INF\\_TERCERIZACION\\_LABORAL.pdf](http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/informacion/EMPRESAS/INF_TERCERIZACION_LABORAL.pdf)
36. Santos, J. (1981). La responsabilidad civil. Madrid: Editorial Montecorvo.
37. Santos, J. (2006). Instituciones de responsabilidad civil. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
38. Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo - Ministerio del trabajo. Recuperado 22 Noviembre 2019, de <http://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/riesgos-laborales/sistema-de-gestion-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo>.
39. Tamayo, J. J. (1983). El Daño civil y su reparación. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

40. Tamayo, J, J. (2007). Tratado de responsabilidad civil Tomo I. Bogotá: Legis Editores.
41. Tamayo, J, J. (2007). Tratado de responsabilidad civil Tomo II. Bogotá: Legis Editores.
42. Tamayo, A. (2011). Manual de obligaciones Las obligaciones complejas, la extensión de las obligaciones y la prelación de créditos Tomo II. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
43. Valencia, A. & Ortiz, A. (2014). Derecho civil Tomo I parte general y personas. Bogotá: Ediciones Temis.
44. Woolcott, O., Monje, D. F., Comandé, G., Peláez R. A. & Alarcón, A. (2018). Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
45. Woolcott, O., Monje, D. F., Comandé, G., Peláez R. A. & Morales, R. (2019). Modernization of Civil Law Institutions. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.